

FORO DE ACTUALIDAD

UNIÓN EUROPEA

LA DIRECTIVA 2005/29/CE, DE 11 DE MAYO DE 2005: UN NUEVO PASO HACIA LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

El 11 de junio de 2005, y tras un largo proceso de elaboración, se publicó en el DOUE el texto definitivo de la Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior («Directiva 2005/29/CE»).

La Directiva 2005/29/CE establece un nuevo marco jurídico en el que destaca una prohibición única, común y general para todos los comerciantes: no realizar prácticas contrarias a la diligencia profesional que alteren o puedan alterar el comportamiento económico de los consumidores. La nueva regulación trata de superar la situación de inseguridad jurídica que reina en esta materia, regulada por múltiples textos legislativos nacionales y por las consiguientes interpretaciones judiciales.

El nuevo ámbito de protección del consumidor, por el propio espíritu de la Directiva 2005/29/CE, no se para en garantizar la protección del consumidor frente a las prácticas comerciales desleales acaecidas en establecimientos comerciales al uso, sino que tiene en cuenta las nuevas tecnologías protegiendo también las transacciones realizadas vía *internet*.

La protección del consumidor

Los antecedentes de la Directiva 2005/29/CE se localizan en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea (octubre de 2001), donde ya se indicaba por vez primera la con-

veniencia de reformar la legislación de la Unión Europea para abordar el problema de las barreras al suministro transfronterizo de bienes y servicios. Ya entonces se hizo referencia a una directiva marco que contuviera un deber de carácter general en relación con las prácticas comerciales desleales como posible base para la reforma. Puesto que, como anunciaba el Libro Verde, el principal problema que se planteaba en el mercado interior radicaba en las diferencias entre legislaciones nacionales sobre prácticas comerciales entre empresas y consumidores.

La Directiva 2005/29/CE responde a una consulta de varios años a asociaciones de consumidores, empresas y administraciones públicas, iniciada tras la publicación del mencionado Libro Verde. Como se señala en los considerandos de la Directiva 2005/29/CE, la Unión Europea se enfrentaba a un problema, que estaba entorpeciendo gravemente la libre circulación transfronteriza, a saber, las normas comunitarias de protección de los consumidores no conseguían adaptarse al desarrollo natural del mercado y a las nuevas prácticas comerciales. La solución finalmente se ha tratado de orientar hacia una simplificación de las normas nacionales y una garantía más eficaz de la protección de los consumidores mediante la armonización de la legislación comunitaria a través de una Directiva marco.

En cualquier caso, la Directiva 2005/29/CE reconoce expresamente que esta regulación no obsta a que, a fin de ganar en eficacia, se combine con la autorregulación del sector, aplicable en la actualidad en diferentes Estados miembros, o bien, a través de compromisos voluntarios entre las empresas y los consumidores, con lo que se produce una clara potenciación de la autorregulación.

Ámbito de aplicación

La Directiva 2005/29/CE prevé que su ámbito de aplicación se limite a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores, antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto.

Todo ello en el bien entendido de que a los efectos de la Directiva 2005/29/CE se debe entender comprendido dentro del concepto de: (i) consumidor a cualquier persona física que, en el ámbito de las prácticas comerciales contempladas por la Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio, oficio o profesión; (ii) comerciante a cualquier persona física o jurídica que, en las prácticas comerciales contempladas por la presente Directiva, actúe con un propósito relacionado con su actividad económica, negocio, oficio o profesión, así como cualquiera que actúe en nombre del comerciante o por cuenta de éste; y (iii) prácticas comerciales de las empresas en sus relaciones con los consumidores todo acto, omisión, conducta o manifestación, o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores.

En este sentido es destacable que debido al amplio abanico de conceptos que aglutina la definición de comerciante se debe entender comprendido dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2005/29/CE a los «profesionales», y no únicamente a los «comerciantes», en el sentido de la legislación nacional. En el mismo sentido, debemos entender incluidas dentro de las prácticas comerciales objeto de regulación, porque así lo prevé literalmente la dicción literal de la norma, las comunicaciones comerciales y la publicidad.

Prácticas engañosas y agresivas

La Directiva 2005/29/CE define las condiciones que determinan si una práctica comercial es desleal, pero no impone ninguna obligación positiva que los comerciantes hayan de observar para demostrar que sus prácticas son leales. En el Capítulo 2 de la Directiva 2005/29/CE se localiza el listado de las prácticas comerciales desleales, que quedan prohibidas de forma general, y son definidas como aquellas que son contrarias a los requisitos de la diligencia profesional, y distorsionan o pueden distorsionar de manera sustancial el comportamiento económico con respecto al producto del consumidor medio al que afecta o al que se dirige, o del miembro

medio del grupo, si se trata de una práctica comercial dirigida específicamente a un grupo concreto de consumidores.

En este sentido, el artículo 5 de la Directiva 2005/29/CE contiene una prohibición general sobre las prácticas comerciales desleales. Dicha prohibición general («se prohibirán las prácticas comerciales desleales») encierra una norma sustantiva, susceptible de ser infringida *per se*, que determina la aplicación de los remedios y sanciones previstos en los artículos 11 y 13 de la Directiva 2005/29/CE. Ahora bien, la aplicación de la prohibición general queda reservada a supuestos de hecho (a prácticas comerciales), que no han sido objeto de un desarrollo específico a través de la Directiva 2005/29/CE.

Este es el caso de las prácticas comerciales engañosas y agresivas, a las que la Directiva dedica sus artículos 6 y 7, y 8 y 9 respectivamente. En particular, estas normas concretan la prohibición general para las dos categorías de prácticas comerciales desleales que se consideran más frecuentes. En este sentido, no suman requisitos distintos de los previstos en la prohibición general, por lo que la deslealtad de las prácticas engañosas y agresivas deberá determinarse igualmente con arreglo a sus preceptos, sin necesidad de establecer además que en la práctica considerada se dan cita los requisitos de la prohibición general. Por otro lado, la aplicación de las prohibiciones de prácticas comerciales engañosas y agresivas exige una correlación circunstancial y contextual en cada caso concreto, salvo en relación con las prácticas del Anexo I, que en todo caso serán consideradas desleales.

En el primer caso, se considera *engañoso* toda práctica comercial que, en la forma que sea, incluida su presentación general, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, al inducirle o poder inducirle a error con respecto a las características principales del producto, tales como su disponibilidad, sus beneficios, sus riesgos, su ejecución, su composición, el procedimiento y la fecha de su fabricación o suministro, su carácter apropiado, sus usos, su cantidad, sus especificaciones, su origen geográfico o comercial o los resultados que pueden esperarse de su utilización, o los resultados y características esenciales de las pruebas o controles efectuados al producto.

También se incluyen en la lista cualquier afirmación o símbolo relacionado con un patrocinio directo o indirecto o con la aprobación del comerciante o del producto; el precio o su modo de fijación, o la exis-

tencia de una ventaja específica con respecto al precio; la naturaleza, las características y los derechos del comerciante o su agente, tales como su identidad y su patrimonio, sus cualificaciones, su situación, su aprobación, su afiliación o sus conexiones y sus derechos de propiedad industrial, comercial o intelectual, o los premios y distinciones que haya recibido; afirmaciones relativas al producto que el comerciante no pueda probar; los derechos del consumidor o los riesgos que pueda correr.

El legislador también considerará engañosa toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, y teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado, y que suponga cualquier comercialización de un producto, incluida la publicidad comparativa, que cree confusión con cualesquiera productos, marcas registradas, nombres comerciales y otras marcas distintivas de un competidor; el incumplimiento por parte del comerciante de compromisos incluidos en códigos de conducta que aquél se haya obligado a respetar, siempre y cuando el compromiso sea firme y pueda ser verificado, y la información que especifique los comerciantes a los que se aplica el código y el contenido del código sean públicos; o el incumplimiento de un compromiso hecho a un organismo público de cesar en una práctica comercial desleal incluida en la presente Directiva.

La norma comunitaria considera engañosas no sólo las acciones, sino también las omisiones. Así, puede considerarse engañosa por omisión toda práctica comercial que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, omita información sustancial que necesite el consumidor medio, según el contexto, para tomar una decisión sobre una transacción con el debido conocimiento de causa y que, en consecuencia, haga o pueda hacer que el consumidor medio tome una decisión sobre una transacción que de otro modo no hubiera tomado.

Por otra parte, la Directiva 2005/29/CE considera sustanciales los requisitos establecidos por el Derecho comunitario en materia de información relacionados con las comunicaciones comerciales, con inclusión de la publicidad o la comercialización. En este sentido, el Anexo II de la Directiva 2005/29/CE contiene una lista no exhaustiva de las disposiciones del derecho comunitario que establecen normas relativas a la publicidad y a las comunicaciones comerciales.

Por lo que respecta a las prácticas comerciales *agresivas*, tendrán esa consideración aquéllas que, en su contexto fáctico, teniendo en cuenta todas sus características y circunstancias, mediante el acoso, la coacción o la influencia indebida, merme o pueda mermar de forma importante la libertad de elección o conducta del consumidor medio con respecto al producto y le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre una transacción que de otra forma no hubiera tomado.

La norma ofrece distintos elementos para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción o la influencia indebida, y que serán tenidos en cuenta para determinar si una práctica es o no agresiva, tales como el momento o el lugar donde se produce, si naturaleza o su persistencia, el empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante, la explotación por el comerciante de cualquier infortunio o circunstancia específica suficientemente grave s como para mermar la capacidad de discernimiento del consumidor, cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, y la amenaza de ejercer acciones que legalmente no puedan ejercerse.

Medidas, acciones y sanciones a desarrollar por los Estados miembros

Establece la Directiva 2005/29/CE que serán los Estados miembros los que velen por que existan medios adecuados y eficaces para luchar contra las prácticas comerciales desleales, con miras al cumplimiento de las disposiciones de la Directiva en interés de los consumidores.

Señala específicamente la Directiva 2005/29/CE que estos medios deberán incluir disposiciones legales en virtud de las cuales las personas o las organizaciones que tengan, con arreglo a la legislación nacional, un interés legítimo en combatir las prácticas comerciales desleales, incluidos los competidores, puedan: (i) proceder judicialmente contra tales prácticas comerciales desleales; y/o (ii) someter las prácticas comerciales desleales a un órgano administrativo competente, bien para que se pronuncie sobre las reclamaciones, bien para que entable las acciones judiciales pertinentes.

En el marco de las disposiciones legales referidas en el párrafo precedente, los Estados miembros conferirán a los tribunales o a los órganos administrativos

unas competencias que les faculten para tomar las siguientes medidas si estiman que son necesarias habida cuenta de todos los intereses en juego y, en particular, del interés general: (i) ordenar el cese de prácticas comerciales desleales, o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene el cese de dichas prácticas; (ii) prohibir la práctica comercial desleal o emprender las acciones legales pertinentes para que se ordene la prohibición de la práctica. Los Estados miembros preverán además que estas medidas se adopten en el marco de un procedimiento acelerado, bien con efecto provisional, bien con efecto definitivo.

Por otra parte la Directiva 2005/29/CE concede una potestad específica a los Estados miembros para que impongan sanciones en caso de incumplimiento de las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la Directiva, y para que tomen todas las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las mismas, señalando que las sanciones deberán ser eficaces, proporcionadas y disuasorias.

En cuanto a las disposiciones afectadas por la Directiva 2005/29/CE, merece especial interés la modificación de la Directiva 84/450/CEE, en tanto que su ámbito de aplicación queda limitado a la publicidad de empresa a empresa. En este sentido el artículo 1 de la Directiva 84/450/CEE limita el objeto de la Directiva modificada a «proteger a los comerciantes contra la publicidad engañosa y sus consecuencias injustas y establecer las condiciones en las que estará permitida la publicidad comparativa». Por su parte la Directiva 2005/29/CE afecta también a la Directiva 97/7/CE, a la Directiva 2002/65/CE, a la Directiva 98/27/CE y al Reglamento 2006/2004/CE.

Conclusión

En definitiva, la Directiva 2005/29/CE abre una nueva puerta al mercado común, eludiendo las barreras existentes entre los estados, todo ello con la intención de potenciar las compras transfronterizas y sobre todo, la protección al consumidor final. La eficacia práctica de esta normativa comunitaria aun esta por verse y sentirse, si bien el paso inicial ya está dado.

DORLETA VICENTE GARCÍA (*)

* Abogada del Departamento de Comunicación, Salud y Derecho Industrial de Uría Menéndez (Madrid).

ESPAÑA

LA CESIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN SEGÚN LA ÚLTIMA REFORMA DEL ARTÍCULO 100 DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Introducción

Una de las preocupaciones habituales de los particulares que contratan con la Administración es la financiación de su actividad. Entre las fórmulas alternativas al préstamo bancario, se ha venido utilizando tradicionalmente la cesión de créditos para evitar el exceso de endeudamiento de estos empresarios. En particular, reviste especial interés la figura del *factoring*, como cesión global de los créditos futuros que se irán generando a lo largo de la vida del contrato administrativo.

Esta posibilidad, admitida en la práctica generalizada de la contratación pública, fue objeto de especial consideración por el legislador en la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero («Ley 44/2002»). Esta Ley modifica el artículo 100 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio («LCAP»); con el objetivo, declarado en su Exposición de Motivos, de «mejorar las condiciones de financiación de las PYME. Para ello amplía la posibilidad de que éstas se financien a través del “factoring”, al permitir la cesión en masa de sus carteras frente a las Administraciones públicas».

No obstante, algunos Informes recientes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa parecen haber entendido que la cesión de créditos futuros mediante el *factoring* o figuras afines, no se encuentra amparada por el artículo 100 de la LCAP. Frente a este planteamiento, cabe, sin embargo, esbozar criterios interpretativos de ese precepto que pueden prestar fundada cobertura jurídica a estas fórmulas y que contribuyan a facilitar, en definitiva, la financiación de los contratos administrativos.

La cesión de créditos futuros en el artículo 100 de la LCAP

El apartado 1 del artículo 100 de la LCAP establece que los contratistas que «tengan un derecho de cobro frente a la Administración» podrán cederlo «conforme a Derecho». El único requisito específico que impone el apartado 2 de este artículo es la notificación fehaciente del acuerdo de cesión para que éste «ten-